



**Convención sobre la Eliminación de
Todas las Formas de Discriminación
contra la Mujer**

Distr. general
28 de octubre de 2013

Original: español

**Comité para la Eliminación de la
Discriminación contra la Mujer**

56º período de sesiones

30 de septiembre a 18 de octubre de 2013

Comunicación núm. 29/2011

**Decisión adoptada por el Comité en su 56º período de sesiones,
30 de septiembre a 18 de octubre de 2013**

<i>Presentada por:</i>	Maïmouna Sankhé (no representada por un abogado)
<i>Presunta víctima:</i>	La autora
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	30 de diciembre de 2010 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Transmitidas al Estado parte el 10 de febrero de 2011 (no se publicaron como documento)
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	11 de octubre de 2013



Anexo

Decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (56° período de sesiones)

Comunicación núm. 29/2011, *Maïmouna Sankhé c. España**

<i>Presentada por:</i>	Maïmouna Sankhé (no representada por un abogado)
<i>Presunta víctima:</i>	La autora
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	30 de diciembre de 2010 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Transmitidas al Estado parte el 10 de febrero de 2011 (no se publicaron como documento)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establecido en virtud del artículo 17 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

Reunido el 11 de octubre de 2013,

Adopta la siguiente:

Decisión sobre la admisibilidad

1.1 La autora de la comunicación es Maïmouna Sankhé, nacional del Senegal. Afirma ser víctima de la violación por España de los artículos 1, 2 a) a g), 3, 6, 9 1), 10 a), 11 1) a) y d), 11 2) c), 15 1) y 2) y 16 1) c), d) y f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Convención entró en vigor para el Estado parte el 4 de febrero de 1984 y el Protocolo Facultativo de la Convención el 6 de octubre de 2001. La autora no está representada por un abogado.

1.2 De conformidad con el artículo 69 de su reglamento, el Comité transmitió la comunicación al Estado parte mediante nota verbal de 10 de febrero de 2011. Al mismo tiempo, el Comité pidió al Estado parte que no expulsara a la autora al Senegal mientras el Comité estuviera examinando su caso, de conformidad con los artículos 5 del Protocolo Facultativo y 63 del reglamento. El 7 de marzo de 2011, el Estado parte comunicó al Comité que no había iniciado ningún procedimiento de expulsión contra la autora.

*Los miembros siguientes del Comité participaron en el examen de la presente comunicación: Ayse Acar, Noor Al-Jehani, Olinda Bareiro-Bobadilla, Náela Gabr, Hilary Gbedemah, Nahla Haidar, Yoko Hayashi, Dalia Leinarte, Violeta Neubauer, Theodora Nwankwo, Pramila Patten, Maria Helena Pires, Biancamaria Pomeranzi, Patricia Schulz, Dubravka Šimonović y Xiaoqiao Zou.

Hechos expuestos por la autora

2.1 La autora, de nacionalidad senegalesa, llegó a España en 2000 para seguir estudios de posgrado. De 2000 a 2005 fue titular de un permiso de estancia por estudios.

2.2 La autora afirma que en 2001 contrajo matrimonio con el Sr. S. A. A., ciudadano nigeriano con residencia legal permanente y contrato fijo de trabajo en España. Conforme al Registro Civil de Cubas de la Sagra, sin embargo, el matrimonio civil se celebró el 2 de septiembre de 2003. La autora tiene dos hijos varones nacidos el 8 de septiembre de 2003 y el 26 de octubre de 2009. El primero de ellos tiene la nacionalidad española y el segundo tiene residencia permanente en España.

2.3 El 30 de septiembre de 2005, la Delegación del Gobierno en Valencia concedió a la autora un permiso de residencia temporal y una autorización de trabajo por arraigo laboral, al amparo del proceso de normalización previsto por la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004, reglamento de la Ley de extranjería, porque había sido contratada para trabajar en la empresa de su cónyuge. El 30 de noviembre de 2006, la autora obtuvo la renovación del permiso de trabajo por dos años. El 15 de agosto de 2008 firmó un nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial con la empresa SeproTec Traducciones e Interpretación S.L.

2.4 El 28 de octubre de 2008, la autora presentó una solicitud de renovación de su autorización temporal de residencia y trabajo ante la Delegación del Gobierno en Madrid, adjuntando un certificado de trabajo correspondiente a los siguientes periodos: 2 de diciembre de 2005 a 31 de marzo de 2006; 1 de abril a 30 de junio de 2006; 24 de junio a 7 de septiembre de 2006; y 15 de agosto de 2008 en adelante. El 15 de enero de 2009, su solicitud fue denegada porque la autora no había acreditado una actividad laboral superior a seis meses por año, de conformidad con el artículo 54 3) y 4) del reglamento de la Ley de extranjería, Real Decreto 2393/2004. Se informó a la autora de que tenía un plazo de tres meses para solicitar una nueva autorización de residencia “no laboral” o cualquier tipo de residencia por circunstancias excepcionales, incluido el arraigo.

2.5 El 16 de febrero de 2009, la autora presentó un recurso administrativo de alzada ante el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Sostuvo que, si bien no podía acreditar una vida laboral superior a seis meses por año, cumplía con todos los requisitos establecidos en el artículo 54 4), del Real Decreto 2393/2004. La decisión denegatoria del permiso temporal de residencia y trabajo hacía caso omiso de las razones de fuerza mayor que habían afectado a su actividad laboral, desconocía arbitrariamente su situación laboral y familiar y afectaba al derecho y al deber de los padres de cuidado y protección de los hijos menores. La autora sostiene que la decisión de la Delegación no tuvo en cuenta que el Código Civil del Estado parte establece la igualdad de derechos y deberes del padre y la madre, causando “unas desigualdades de deberes de los padres”(sic).

2.6 El 19 de mayo de 2009, la autora presentó un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en el que alegaba la violación del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución del Estado parte. Señalaba que tenía un contrato de trabajo vigente y que, debido a la resolución denegatoria de renovación de su permiso temporal de residencia y trabajo, no podría seguir prestando servicios a la empresa donde

trabajaba. La resolución denegatoria no había tenido en cuenta los criterios de flexibilidad para los extranjeros que tienen a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española, establecidos en los artículos 39 y 40 de la Ley de extranjería, por lo que dicha resolución no se ajustaba a la Ley y consagraba una situación de desigualdad de trato entre la autora, extranjera que tenía a su cargo hijos menores, y los españoles que también tenían a su cargo hijos menores. No obstante, las disposiciones de la Ley de extranjería a que la autora hace referencia, vigentes en el momento de la controversia y del recurso contencioso administrativo, regulan el marco en que el Estado parte establece su política migratoria en atención al mercado laboral, y las excepciones establecidas en el artículo 40 no se aplican a la renovación de los permisos de trabajo para los trabajadores autónomos.

2.7 En respuesta a una petición presentada por la autora, el 2 de julio de 2009 la Defensoría del Pueblo comunicó a la autora que de la información proporcionada se desprendía claramente que no había acreditado encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el reglamento de la Ley de extranjería para la renovación de las autorizaciones temporales de trabajo y residencia. Dado que la autora residía desde hacía varios años en el Estado parte, sin embargo, la Defensoría indicó que “la Ley de extranjería dispone, en su artículo 31.3, que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia o por cualquier otra circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente” y que, “en estos supuestos, no será exigible el visado”. La Defensoría del Pueblo también informó que, de acuerdo con el artículo 45 del reglamento de la Ley de extranjería, la solicitud de residencia temporal por arraigo requería lo siguiente: a) permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, b) carecer de antecedentes penales en España y el país de origen, c) contar con un contrato de trabajo al momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y d) vínculos familiares con otros extranjeros residentes o un informe sobre su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que la persona tenga su domicilio.

2.8 El 28 de agosto de 2009, la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid intervino en el procedimiento de conformidad con los artículos 114 y 119 de la Ley 29/1998[[CO]], dado que se trataba de un procedimiento especial para garantizar derechos fundamentales. Con respecto a la afirmación de la autora de que no era objeto del mismo trato que se dispensaba a las españolas madres de menores españoles, la Fiscalía señaló que el término de comparación aportado por la autora era válido y que el derecho a la igualdad se basaba en que en ambos casos se trataba de mujeres que tenían la guarda de un español menor de edad y que en ambos casos habrían de gozar de los mismos derechos. Al negarse a la autora el permiso de trabajo se estaba violando su derecho fundamental a la igualdad. La Fiscalía concluyó que el Juzgado debía examinar la solicitud porque ponía de manifiesto una violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución del Estado parte.

2.9 El 3 de septiembre de 2009, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 22 desestimó la demanda de la autora. El Juzgado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad ante la ley, estableció que “la recurrente, como ciudadana extranjera, no se encuentra en una situación jurídica idéntica que la de los ciudadanos españoles, cuya situación a efectos del derecho a residir en territorio español y a efectos laborales propone como término de comparación” y que “los extranjeros, pues, no gozan de los mismos derechos que

los españoles; su situación, ni en términos constitucionales, ni en términos de legalidad ordinaria, es asimilable”.

2.10 El 18 de septiembre de 2009, la autora interpuso recurso de apelación, reiterando sus alegaciones y señalando que el Juzgado había vulnerado su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al desestimar la pretensión de su demanda sin apreciarla debidamente ni tomar en cuenta la opinión de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Asimismo, la autora sostenía que el Juzgado le había denegado un permiso de trabajo pero no de residencia ya que de la decisión apelada se desprendía que debía pedir una autorización no laboral, incluso por motivos de arraigo. También indicaba que en su demanda no había una comparación absoluta sino solo sustancial, dado que no se aplicaban a las madres de nacionalidad española los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley de extranjería, a pesar de que en ambos casos se trataba de mujeres que tenían la guarda de un español menor de edad.

2.11 Paralelamente, el 4 de marzo de 2010 el Ministerio de Trabajo e Inmigración desestimó el recurso administrativo de alzada interpuesto por la autora el 16 de febrero de 2009 por no acreditar que había estado empleada del 7 de septiembre de 2006 al 15 de agosto de 2008 ni encontrarse comprendida en alguno de los demás supuestos establecidos en el artículo 54 4) del reglamento de la Ley de extranjería.

2.12 El 13 de julio de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de apelación y ordenó a la autora pagar las costas procesales. En cuanto a la alegación de la autora de que los derechos vulnerados por el trato desigual se referían al trabajo y no a la residencia, el Tribunal rechazó la existencia de discriminación, afirmando que:

Los extranjeros, como la recurrente, para poder trabajar en España deben estar provistos de dicha autorización administrativa previa, debiendo cumplir los requisitos para su obtención y, en cambio, los españoles pueden trabajar sin necesidad de obtener autorización administrativa previa alguna. Por ello, a la denegación de dicha autorización administrativa para trabajar por incumplimiento de los requisitos normativamente establecidos para obtenerla —incumplimiento que no se cuestiona por la apelante—, no puede anudarse la vulneración del principio constitucional de igualdad con relación a los españoles ya que estos no necesitan de autorización administrativa alguna para trabajar. La ley ha establecido así un trato diferente entre españoles y extranjeros en relación con el derecho al trabajo, diferenciación que resulta constitucionalmente legítima conforme antes explicábamos y que impide la exigencia de un trato igualitario al respecto entre españoles y extranjeros.

Y en este caso, además, no se ha privado a la apelante de forma absoluta de la posibilidad de trabajar en España, pues la propia resolución impugnada le indica otras vías para poder hacerlo, cual es la de obtención del permiso de residencia por arraigo (artículo 31.3 de la Ley orgánica 4/2000), que lleva aparejada la autorización para trabajar en España (artículo 45.7 del Real Decreto 2393/2004). Así pues, la resolución impugnada no priva del derecho al trabajo a la recurrente, sino solo de obtener la autorización para trabajar por la concreta vía pretendida, (...) indicándole la propia resolución impugnada otras vías para obtener la necesaria autorización para trabajar, dada su situación de arraigo por estar casada con un residente legal con autorización de residencia permanente, tener en común un hijo de nacionalidad española, haber disfrutado antes de permiso de residencia y trabajo con el que ha

llevado a cabo alguna actividad laboral, tener actualmente un nuevo contrato de trabajo, etc.

2.13 El 21 de septiembre de 2010, la autora presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en el que aducía una violación de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y a la igualdad ante la ley. La autora solicitó que se le permitiera actuar por sí misma ante el Tribunal, toda vez que sus ingresos superaban el límite establecido por la ley para poder tener un abogado de oficio, o se procediera a nombrar un procurador y abogado de oficio en aras de la justicia. La autora reiteraba sus argumentos de que tenía un nuevo contrato de trabajo y que además era madre de un menor de nacionalidad española y cónyuge de un extranjero que contaba con permiso permanente de residencia y trabajo, por lo que deliberadamente se le había denegado un derecho establecido en la Ley de extranjería.

2.14 El 29 de septiembre de 2010, el Tribunal Constitucional solicitó al Colegio de Abogados de Madrid que designara un abogado o procurador de oficio para representar a la autora. Tanto el Colegio de Abogados como la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita del Ministerio de Justicia, sin embargo, denegaron la asistencia jurídica gratuita debido a que los ingresos familiares de la autora, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, superaban el doble del salario mínimo interprofesional establecido por el artículo 3 de la Ley 1/1996.

2.15 El 1 de diciembre de 2010, la autora comunicó al Tribunal Constitucional la decisión denegatoria del Colegio de Abogados de Madrid y solicitó el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica. La autora sostenía que había sufragado los gastos de su representación en los procedimientos previos, pero que carecía de recursos para seguir haciéndolo. Asimismo, la autora solicitaba, a título de medidas cautelares para evitar perjuicios que afectarían a la finalidad del amparo, que se considerase prorrogada su autorización de residencia y de trabajo hasta que se resolviese su demanda; se le otorgase una autorización de salida y regreso a España; y que se le aplicasen las normas que regulan la deducción del impuesto sobre la renta sin discriminación alguna. La autora adujo que su derecho a la libertad de circulación había sido limitado en la práctica, dado que en varias ocasiones le habían denegado la posibilidad de obtener una autorización de salida y regreso a España, porque en la base de datos se consignaba su situación migratoria como “ilegal” desde el 15 de enero de 2009¹. Por esta razón, por ejemplo, no había podido asistir al entierro de su madre y la agencia tributaria no le permitía realizar las deducciones correspondientes en cuanto a su declaración del impuesto sobre la renta del año 2009.

¹ El Comité observa sin embargo que, de acuerdo a la documentación proporcionada por la autora el 17 de enero de 2013, la hoja de información de estado de expediente, expedida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, acredita: “autorización residencia temporal y trabajo c/a 2 renovación, Estado de resolución 'Resuelto-No favorable’”; y el oficio de fecha 31 de mayo de 2010, expedido por la Delegación del Gobierno en Madrid-Área de Trabajo e Inmigraciones figura “[e]xpedito de renovación de solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo ... fue denegado el 15 de enero de 2009 ... En fecha 29 de junio de 2009 interpone Recurso Contencioso-Administrativo y a día de hoy no hay constancia que el Juzgado haya dictado Sentencia”. El Comité observa igualmente que, de acuerdo a la información proporcionada por el Estado parte el 22 de abril de 2013, el 15 de enero de 2009 es la fecha en que expiró el permiso de residencia y trabajo de la autora.

2.16 El 3 de diciembre de 2010, el Tribunal Constitucional comunicó a la autora que tenía 10 días para comparecer asistida de un abogado; de lo contrario, se declararía terminado el procedimiento y se archivaría la demanda. El 13 de diciembre de 2010, la autora impugnó la decisión denegatoria de asistencia jurídica gratuita ante la Comisión Central, alegando que, aunque los ingresos familiares superaban el monto máximo establecido por la ley para solicitar asistencia jurídica gratuita, estos apenas alcanzaban para sufragar los gastos familiares cotidianos, por lo que solicitaba reconocimiento excepcional del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

2.17 El 21 de septiembre de 2010, el cónyuge de la autora se presentó ante la Oficina de Extranjeros de Leganés, Madrid, a fin de depositar una solicitud de reagrupación familiar a favor de la autora. Un empleado de la Oficina no admitió la solicitud porque la beneficiaria se encontraba en España y solo se permitía aceptar la solicitud cuando “el reagrupable” se encontrase fuera de España. La autora considera que esta decisión es incompatible con la Convención. Afirma que dicha condición no se aplica a los cónyuges de españoles de origen extranjero ni a los cónyuges de extranjeros residentes en otros países de la Unión Europea. La autora sostiene que cumple con los requisitos legales para la reagrupación familiar, pero que el Estado parte le ha impuesto una condición más gravosa que a los demás extranjeros que se encuentran en su situación.

2.18 La autora afirma que agotó todos los recursos de la jurisdicción interna y que la resolución del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 2010 por la que se archivaba el recurso de amparo era final y definitiva.

Denuncia

3.1 La autora considera que los hechos descritos constituyen una violación de los artículos 1, 2 a) a g), 3, 6, 9 1), 10 a), 11 1) a) y d), 11 2 c), 15 1) y 2) y 16 1) c), d) y f) de la Convención.

3.2 El hecho de que se le denegara la autorización de trabajo solo por no haber trabajado seis meses al año entre septiembre de 2006 y agosto de 2008 supone una desigualdad de trato entre la autora y las personas que están en su misma situación, es decir, las que tienen a su cargo a un menor de edad de nacionalidad española, al que deben proteger y cuidar. La denegación afecta los derechos de la familia y en especial de los hijos a quienes la autora debe prestar asistencia durante su minoría de edad. El Código Civil del Estado parte, al igual que el preámbulo de la Convención, establecen que los deberes y derechos de la madre y el padre son iguales; sin embargo, la denegación de la autorización de trabajo ha sancionado una desigualdad de deberes entre ellos.

3.3 La Ley orgánica 4/2000 exige dos requisitos especiales para obtener el permiso de trabajo: ser cónyuge de un extranjero con permiso permanente de residencia y trabajo y tener a su cargo a un menor de nacionalidad española. Es el caso de la autora. Por tanto, la denegación de la renovación del permiso temporal de trabajo es una decisión arbitraria y contraria a la ley.

3.4 La denegación de la solicitud de renovación del permiso temporal de residencia y trabajo dejó a la autora, como única posibilidad, la de solicitar un permiso de residencia por “arraigo”, que conllevaría dejar su trabajo y su familia y volver a su país para conseguir un certificado de antecedentes penales, dado que la

embajada de su país de origen en España no tenía un funcionario o un servicio que pudiera asistirle en este trámite, lo que era muy difícil en ese momento porque tenía un embarazo de alto riesgo. El hecho de ordenar a la autora que dejara su trabajo y abandonara voluntariamente el país fue una decisión de desunión, antisocial, injusta y que vulneraba los derechos de los hijos. La autora sostiene además que la denegación de la renovación de la autorización temporal de trabajo y la prohibición de solicitar una nueva autorización le causaron muchos perjuicios. Esa denegación implica una grave obstaculización a la hora de obtener el permiso de residencia permanente o para adquirir la nacionalidad española, puesto que se requiere una residencia ininterrumpida de 5 y 10 años respectivamente. La denegación de la renovación supone que los cuatro años de residencia continua previos no serán tenidos en cuenta para estos efectos. Las otras posibilidades sugeridas por las autoridades, incluida una solicitud basada en el arraigo, suponen el riesgo de quedarse en una situación migratoria irregular si las autoridades no responden a esa solicitud dentro de un plazo de tres meses, mientras que la apelación de la decisión denegatoria de renovación del permiso de residencia y trabajo le permitiría continuar trabajando, mantener su unidad familiar y completar sus estudios de doctorado en el Estado parte con alguna seguridad.

3.5 La autora sostiene además que la denegación de su derecho de litigar sin la asistencia de un abogado es discriminatoria porque carece de recursos para contratar los servicios de un abogado y no tiene derecho a recibir asistencia jurídica gratuita. Aun cuando sus ingresos superaban el monto máximo establecido por la ley para poder recibir asistencia jurídica gratuita, estos se redujeron significativamente en 2010 y 2011 y la justicia se demoró más de un año y medio en resolver su solicitud de asistencia jurídica gratuita, quitándole efectividad a la interposición de su recurso de amparo, por lo que el Estado parte debió concederle, con carácter excepcional, la asistencia solicitada en virtud del artículo 5 de la Ley 1/1996.

3.6 La autora pide al Comité que solicite al Estado parte que modifique toda la legislación que directa o indirectamente ha permitido las violaciones de la Convención, en particular, los tratos arbitrarios, degradantes y discriminatorios que ella y su familia han sufrido por acción y omisión del Estado parte. Asimismo, pide una indemnización de 20.000 euros por los daños psicológicos y pecuniarios que le han causado las violaciones.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 Mediante nota verbal de 14 de marzo de 2011, el Estado parte sostuvo que la comunicación era inadmisile por no haberse agotado los recursos internos y por carecer de fundamento, en virtud de los artículos 4 1) y 4 2) c), respectivamente, del Protocolo Facultativo de la Convención.

4.2 Tras haber recibido la comunicación de la Comisión Central, de 29 de noviembre de 2010, por la que se denegaba a la autora el beneficio de la asistencia jurídica gratuita, el Tribunal Constitucional dictó una providencia el 3 de diciembre de 2010 en que concedía a la autora un plazo de 10 días para comparecer con un defensor y se indicaba que, de no hacerlo, se declararía terminado el procedimiento y se archivarían las actuaciones. El 9 de diciembre de 2010, la autora impugnó la resolución de la Comisión. El 3 de enero de 2011, el Tribunal Constitucional dictó una nueva providencia por la que decidió archivar provisionalmente las actuaciones

hasta que se resolviera la impugnación y declaró que la autora debía informar al Tribunal acerca de la decisión final relativa a la impugnación.

4.3 En consecuencia, el Estado parte aduce que la autora no ha agotado los recursos de la jurisdicción interna disponibles, porque el Tribunal Constitucional no tomó una decisión sobre el fondo.

4.4 La denuncia de la autora no está suficientemente justificada o fundamentada; las razones que aduce para considerar vulnerados sus derechos son absolutamente generales. Además, la denuncia constituye un abuso del derecho a presentar comunicaciones, toda vez que no denuncia una violación concreta sino que hace un cuestionamiento abstracto del sistema jurídico en general.

4.5 La denegación de permiso temporal de residencia y trabajo es una medida administrativa que el Estado español tiene derecho a adoptar en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, y en observancia de los tratados internacionales suscritos por esta. El Estado parte afirma que la Constitución de España no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar y residir en su territorio ni el derecho fundamental a la reagrupación familiar; no obstante, la legislación de extranjería ha venido evolucionando para incluir el derecho a la reagrupación familiar, siempre que se cumplan los requisitos legales.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte relativas a la admisibilidad

5.1 El 28 de abril de 2011, la autora presentó comentarios sobre las observaciones formuladas por el Estado parte.

5.2 La autora sostiene que el Estado parte no explicó detalladamente los recursos efectivos de que disponía en su caso.

5.3 La autora afirma que el Tribunal Constitucional se precipitó en archivar definitivamente el recurso de amparo mediante su decisión de 3 de diciembre de 2010, basándose en una resolución de la Comisión Central que no era definitiva y que ella había impugnado debidamente. A causa de esa resolución, en la práctica el recurso de amparo perdió su sentido y efectividad, en especial porque el Tribunal Constitucional “estuvo inactivo ante la medida cautelar solicitada”.

5.4 El 17 de diciembre de 2010, el recurso se transmitió al Tribunal Constitucional. A pesar de la alegación de la autora de que era el propio Tribunal Constitucional el competente para resolver dicho recurso, el Tribunal se inhibió indebidamente de conocerlo.

5.5 El 14 de febrero de 2011, el Tribunal se declaró incompetente para examinar el recurso presentado por la autora e indicó que eran los juzgados de lo contencioso-administrativo los que debían sustanciarlo.

5.6 El expediente se transmitió a un juzgado de lo contencioso-administrativo. La autora afirmó que el nuevo juzgado tampoco tenía competencia para tramitar el recurso y, al presentar sus comentarios al Comité, sostuvo que, a la luz de la situación, el proceso se había prolongado injustificadamente en el sentido del artículo 4 1) del Protocolo Facultativo.

5.7 La autora aduce que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es un recurso efectivo y adecuado. Según un estudio realizado en el Estado parte, el 96% de los recursos de amparo se declaran inadmisibles cada año y un gran número de recursos de amparo interpuestos quedan sin resolver.

5.8 Con respecto al fondo, la autora reafirma los fundamentos proporcionados en su comunicación inicial y recuerda que la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los consideró válidos.

5.9 La autora se refiere a las recomendaciones generales 9, 16, 17, 19, 21, 25 y 26 del Comité y añade que el Estado parte no ha adoptado medida alguna para cuantificar el trabajo doméstico no remunerado ni lo ha incluido en su producto nacional bruto. La denegación de la renovación del permiso de trabajo de la autora por haber trabajado más de seis meses sin remuneración en su domicilio familiar constituye, por lo tanto, una violación imputable al Estado parte.

5.10 La autora afirma que los hechos mencionados en su comunicación demuestran que el Estado parte no tiene en cuenta las recomendaciones del Comité. La autora se remite a la observación final de 22 de julio de 2009, en que el Comité instó al “Estado parte a que garantice la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el mercado laboral, incluso mediante medidas especiales de carácter temporal con objetivos sujetos a plazos preestablecidos, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la recomendación general núm. 25”².

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 Mediante notas verbales de 13 de julio de 2011 y 22 de abril de 2013, el Estado parte presentó sus observaciones sobre el fondo y reiteró su solicitud de que se declarase inadmisibles la comunicación por no haberse agotado los recursos internos disponibles y porque esta constituía un abuso de derecho y carecía de fundamento, de conformidad con los artículos 4 1) y 4 2) c) del Protocolo Facultativo, o, en su defecto, se declarase que no había existido violación alguna de la Convención.

6.2 El Tribunal Constitucional no se había pronunciado sobre el recurso de amparo de la autora. Solo había archivado provisionalmente las actuaciones hasta que se resolviese la impugnación de la resolución de la Comisión Central.

6.3 Aunque la autora invoca la violación de numerosos preceptos de la Convención, su comunicación se centra en la denegación de su supuesto derecho a la autorización de trabajo y no aporta ningún dato objetivo que permita afirmar la existencia de una violación de los artículos de la Convención. El Estado parte, en el marco de su política de extranjería, puede legítimamente tomar medidas administrativas para denegar un permiso de residencia y trabajo. En el caso de la autora, ninguna decisión de las autoridades se fundamentó en el hecho de que fuera mujer sino en la falta de presentación de las pruebas exigidas por la ley.

6.4 El Estado parte descarta la existencia de discriminación por motivos de género en las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades del Ministerio del Interior en su función de gestión, coordinación y control de documentación y de relaciones con los extranjeros que se encuentran en el Estado parte. A este respecto, remite copia de un oficio del Ministerio del Interior, de fecha 7 de marzo de 2011, en que figuran

² Véase CEDAW/C/ESP/CO/6 y Add.1.

cifras desglosadas por sexo sobre el número de denegaciones de autorización de residencia entre 2006 y 2010. Las cifras indican que se denegaron más autorizaciones de residencia a hombres que a mujeres durante ese período. Así, en 2009 y 2010, respectivamente, se denegaron 44.683 (de 108.568) y 36.159 (de 97.033) solicitudes presentadas por mujeres, respectivamente, mientras que en 2006, 2007 y 2008 se habían denegado 52.260 (de 146.597), 68.490 (de 188.276) y 79.919 (de 201.779) solicitudes presentadas por mujeres.

6.5 El Estado parte refuta las alegaciones del ministerio público presentadas al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 22 de Madrid y sostiene que la decisión de no renovar el permiso temporal de residencia y trabajo adoptada por la Delegación del Gobierno en Madrid es conforme a la Ley y el reglamento de extranjería. Por otro lado, las excepciones establecidas en los artículos 38 y 40 de la Ley exigen la existencia de un contrato de trabajo. Los párrafos 3 y 4 del artículo 54 del reglamento, en absoluta coherencia con la Ley, establecen los requisitos necesarios para la renovación del permiso de residencia y trabajo cuando se haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador, entre ellos, acreditar la realización de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses al año o, en su defecto, acreditar un período de actividad de al menos tres meses al año; que la relación laboral que dio lugar a la autorización se haya interrumpido por causas ajenas a la voluntad de la persona; que el solicitante de la autorización haya buscado activamente empleo; y que al solicitar la renovación, él o ella tenga un contrato de trabajo en vigor.

6.6 La autora no recurrió a las alternativas que le indicaba la resolución denegatoria de la renovación del permiso de trabajo y residencia y, posteriormente, el informe de la Defensoría del Pueblo, esto es, solicitar una nueva autorización de residencia “no laboral” o cualquier tipo de residencia temporal por situación de arraigo, razones humanitarias, colaboración con la justicia o cualesquiera otras circunstancias excepcionales determinadas en el reglamento. Así, la autora pudo haber solicitado una autorización de residencia no laboral, que se le habría concedido porque vivía en el Estado parte desde 2000, estaba casada con un extranjero con residencia permanente en España y porque sus dos hijos menores, uno de ellos de nacionalidad española, residían en España. Aunque la autorización fuera de residencia y no laboral, no le impedía trabajar, dado que el artículo 40 c) y g) de la Ley orgánica 4/2000 establecía excepciones cuando la persona que obtenía un contrato o una oferta de trabajo fuera cónyuge de un extranjero residente en España con autorización renovada, siempre que el cónyuge llevara como mínimo un año residiendo legalmente en España o tuviera ascendientes o descendientes de nacionalidad española. Por otra parte, también podía haber solicitado autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo, conforme a los requisitos que le había comunicado la Defensoría del Pueblo. Esta última opción lleva aparejada una autorización de trabajo de acuerdo al artículo 47 7) del reglamento. Para la tramitación de esta solicitud es necesaria la presentación de un certificado de antecedentes penales. Sin embargo, la autora no estaba obligada a salir de España para obtener este certificado. Es más, dado que había presentado dicho certificado en 2005 y residido en el Estado parte desde entonces, las autoridades españolas habrían podido certificar la ausencia de antecedentes penales desde entonces hasta la fecha en que presentó la solicitud. Por tanto, el Estado parte sostiene que la autora reunía los requisitos para obtener autorización legal para trabajar por cualquiera de esos medios.

6.7 En cuanto a la solicitud de reagrupación familiar presentada por el cónyuge de la autora el 21 de septiembre de 2010, no se adjuntó documentación que acreditara fehacientemente la presentación de esa solicitud. Sea como fuere, el rechazo de la solicitud de reagrupación familiar se basó en que el reagrupable —la autora— no residía fuera de España, no pudiendo considerarse que el rechazo constituyera discriminación por motivos de sexo, especialmente porque la solicitud había sido presentada por su cónyuge.

6.8 Resulta igualmente inadmisble la alegación de discriminación de la autora por negársele el derecho a la autodefensa por carecer de recursos para contratar los servicios jurídicos exigidos por el Tribunal Constitucional. El derecho a la asistencia jurídica gratuita para quienes acrediten insuficiencia de recursos para pagar un abogado se concede, en igualdad de condiciones que a un ciudadano español, a todo extranjero que se halle en España, independientemente de la legalidad de su permanencia. Está acreditado, sin embargo, que los ingresos de la autora duplicaban con creces el salario mínimo interprofesional vigente al presentar su solicitud, por lo que, con arreglo a la ley, no tenía derecho a recibir asistencia jurídica gratuita.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte en cuanto al fondo

7.1 El 15 de septiembre de 2011, la autora presentó comentarios sobre las observaciones del Estado parte en cuanto al fondo.

7.2 El propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid señaló que la autora había acreditado estar casada con un extranjero autorizado a residir y trabajar en España de forma permanente, tener un hijo de nacionalidad española, estar residiendo en la misma vivienda y tener un contrato de trabajo a tiempo parcial de fecha 15 de agosto de 2008. Sin embargo, habiendo contraído matrimonio ante las autoridades del Estado parte, se hacía caso omiso de su situación familiar al afirmar que, si ella hubiese demostrado oportunamente reunir los requisitos legales correspondientes se habría beneficiado del derecho a la reagrupación familiar. Como consecuencia, el Estado parte no garantizó adecuadamente el derecho de la autora reconocido en el artículo 11 1) a) de la Convención.

7.3 En cuanto al derecho a la asistencia jurídica gratuita, los ingresos personales de la autora durante 2010 no superaron el salario mínimo y solamente duplicaron el salario mínimo interprofesional anual una vez que se hubo tenido en cuenta la renta familiar total. Sin embargo, la Comisión Central y el propio Estado parte ante el Comité se refirieron a los ingresos de la autora, sin especificar que en realidad se trataba de los ingresos familiares. Por último, la autora invoca el artículo 5 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, que prevé excepciones basadas en las circunstancias de la familia del solicitante, el número de hijos o familiares a su cargo, su estado de salud, las obligaciones económicas que sobre él pesen, las costas derivadas de la iniciación del proceso judicial y otras consideraciones similares, objetivamente evaluadas.

7.4 La autora señala que todas las vías disponibles propuestas por las autoridades del Estado parte, incluido el arraigo, conllevan la presentación de un certificado de antecedentes penales del país de origen. En su caso, debe solicitarlo personalmente, lo que la obligaría a dejar el territorio del Estado parte.

7.5 En relación con el agotamiento de los recursos internos, la autora señala que el Estado parte no dio explicaciones razonables que justifiquen la prolongación del proceso de amparo debido a la demora en resolver su recurso impugnatorio contra la decisión de la Comisión de denegarle la asistencia jurídica gratuita.

7.6 El 10 de julio de 2009, el Estado parte modificó, mediante el Real Decreto 1162/2009, la legislación discriminatoria que se venía aplicando a la autora desde 2005. La nueva normativa permite la renovación del permiso de residencia a las mujeres casadas con extranjeros con permiso de residencia renovado, sin exigir un período mínimo de trabajo al año. La autora sostiene que, a partir de esa fecha, el porcentaje de denegaciones de renovación de permiso de trabajo de mujeres disminuyó considerablemente.

Información adicional presentada por la autora

8.1. Según informó la autora el 22 de agosto de 2011, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 22 de Madrid se había declarado incompetente para conocer del recurso contra la decisión de la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita y había señalado que correspondía al Tribunal Constitucional conocer de tal recurso.

8.2 El 16 de febrero de 2012, la autora informó al Comité que el 13 de febrero de 2012 había solicitado al Tribunal Constitucional que se declarase competente para conocer del recurso y ordenase medidas provisionales para evitar daños que hicieran perder efectividad al recurso de amparo, y también que se permitiera su inscripción en los servicios públicos de empleo y agencias de colocación como trabajadora extranjera no comunitaria.

8.3 El 16 de agosto de 2012, la autora informó al Comité que el 26 de marzo de 2012 el Tribunal Constitucional se había declarado nuevamente incompetente para conocer de su recurso contra la decisión de la Comisión Central, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita y su propia jurisprudencia cuando se presentó una solicitud de asistencia jurídica gratuita una vez que las actuaciones estuvieron en curso. Si las actuaciones respecto de las cuales se había solicitado esa medida no hubieran comenzado, la competencia para conocer del recurso correspondía al juez de primera instancia. En consecuencia, el Tribunal devolvió el expediente del recurso al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 22 de Madrid.

8.4 El 1 de octubre de 2012, la autora informó al Comité que el 26 de julio de 2012 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 22 había confirmado la decisión del Comité Central de que, de acuerdo a su declaración de la renta correspondiente a 2009, los ingresos brutos familiares habían sido superiores a 35.000 euros y, por tanto, superaban el ingreso máximo establecido por el artículo 3 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita. Para gozar de este derecho, la autora había debido demostrar su escasez de recursos, más allá de la mera alegación de que tenía deudas. La decisión no era apelable.

8.5 La autora informó al Tribunal Constitucional sobre la decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 22 y solicitó ampliar su recurso de amparo contra esta decisión para que se declarase nula la decisión del Juzgado y se le reconociese el derecho a la asistencia jurídica solicitada con carácter excepcional. Aun cuando sus ingresos superaban el monto máximo establecido por la ley para poder recibir

asistencia jurídica gratuita, en 2010 y 2011 había enfrentado dificultades económicas. Además, el Juzgado se había demorado más de un año y medio en pronunciarse, por lo que su recurso de amparo perdió efectividad. En consecuencia, el Juzgado debió tomar estos elementos en consideración a efecto de otorgarle de manera excepcional la asistencia solicitada.

8.6 El 22 de febrero de 2013, la autora informó al Comité que el 17 de septiembre de 2012 el Tribunal Constitucional le había concedido un plazo de 10 días para comparecer con un procurador y un letrado designados a su costa, de acuerdo al artículo 81.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. El 28 de enero de 2013, ante el incumplimiento de la autora, el Tribunal Constitucional archivó definitivamente las actuaciones.

Deliberaciones del Comité sobre la admisibilidad

9.1 De conformidad con el artículo 64 de su reglamento, el Comité debe decidir si la comunicación es admisible o inadmisble en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66, el Comité puede decidir separar el examen de la cuestión de la admisibilidad de una comunicación del examen del fondo del asunto.

9.2 Con arreglo al artículo 4 2) a) del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que la cuestión no ha sido ni está siendo examinada con arreglo a ningún otro procedimiento de investigación o solución internacional.

9.3 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación debería declararse inadmisble por no haberse agotado los recursos internos, dado que no existía una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, tan solo un acuerdo de archivo provisional de las actuaciones. A este respecto el Comité toma nota de la información presentada por la autora sobre el trámite relativo al recurso de amparo, a saber, que el 21 de septiembre de 2010 la autora presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; que el 11 y el 29 de noviembre de 2010 el Colegio de Abogados de Madrid y la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita, respectivamente, denegaron la solicitud de asistencia jurídica gratuita; que el 3 de enero de 2011 el recurso de amparo fue archivado provisionalmente hasta que se resolviera su impugnación contra la decisión denegatoria de asistencia jurídica gratuita; que el 26 de julio de 2012 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 22 de Madrid rechazó su solicitud de asistencia jurídica gratuita porque los ingresos familiares de la autora superaban el monto máximo establecido por ley para gozar de este derecho; que, en consecuencia, el 17 de septiembre de 2012 el Tribunal Constitucional otorgó a la autora un plazo de 10 días para personarse con procurador y abogado para formalizar el recurso; y que, ante el incumplimiento de este requerimiento por parte de la autora, el Tribunal Constitucional archivó el caso el 28 de enero de 2013.

9.4 El Comité observa que la autora no ha justificado las razones por las cuales no cumplió con el requerimiento del Tribunal Constitucional de personarse en un plazo de 10 días y cumplir así con un requisito legalmente obligatorio para toda persona que desea interponer un recurso ante este Tribunal. El Comité toma nota del procedimiento intentado por la autora para obtener la asistencia jurídica gratuita para acudir ante el Tribunal, procedimiento que concluyó con una decisión desfavorable para la autora por no reunir los requisitos previstos en la ley para obtener dicha asistencia. Sin embargo, el Comité considera que los argumentos de la

autora relativos a sus dificultades financieras para contratar a un abogado son muy generales, que la autora no proporciona información precisa al respecto y que, por tanto, el Comité no puede considerar como acreditado de manera fehaciente que la autora careciera de medios para contratar los servicios de un abogado, o que se encontrara en la imposibilidad de obtener dichos servicios por otros medios que no implicaran para ella una carga financiera imposible de asumir. En consecuencia, el Comité considera que los recursos internos no fueron agotados y que este hecho no es atribuible al Estado parte. Por consiguiente, el Comité concluye que la comunicación es inadmisibile, con arreglo al artículo 4 1) del Protocolo Facultativo.

10. En consecuencia, el Comité decide:

- a) Que la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 4 1) del Protocolo Facultativo;
- b) Que esta decisión se comunique al Estado parte y a la autora de la comunicación.

[Adoptada en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, siendo la versión original el texto español.]
